

RAQUEL JALES BARTHOLO DE OLIVEIRA

R.A.: 21157590

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIMES DE OPINIÃO E REGULAÇÃO DE MÍDIA:
CONTROLE E SANÇÃO NAS DEMOCRACIAS ESTATAIS**

Brasília/DF

2016

RAQUEL JALES BARTHOLO DE OLIVEIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIMES DE OPINIÃO E REGULAÇÃO DE MÍDIA:
CONTROLE E SANÇÃO NAS DEMOCRACIAS ESTATAIS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pelo Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

**Brasília/DF
2016**

RAQUEL JALES BARTHOLO DE OLIVEIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIMES DE OPINIÃO E REGULAÇÃO DE MÍDIA:
CONTROLE E SANÇÃO NAS DEMOCRACIAS ESTATAIS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pelo Centro Universitário de
Brasília.

Brasília/DF 01 de novembro de 2016.

Banca examinadora

Professor Orientador André Pires Gontijo

Professor examinador João Aragão

Professor examinador Rodrigo Ferreira

Brasília/DF, dezembro de 2016

RESUMO

O discurso de ódio é apresentado pela doutrina como conceito impreciso, que não possui uma definição de verbo da conduta preciso (incitar, instigar violência, intimidar, assediar, etc) nem em relação aos tipos de discriminação que este abrange (raça, crença, religião, gênero, orientação sexual, etc). Ora a doutrina trata como conceito aberto, ora como conceito fechado. A análise acerca da teoria e da legislação nacional, internacional e multilateral apontou para a conclusão que a regulação de mídia e o combate ao discurso de ódio reflete escolhas políticas dos diferentes ordenamentos jurídicos. Nem mesmo os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma posição precisa acerca da forma como o Estado deve agir face o discurso de ódio. De um lado vemos a Convenção Interamericana Contra Todas Formas de Discriminação que prevê que os estados devem adotar medidas para prevenir, eliminar e punir todos os atos de manifestação de discriminação e intolerância, de outro lado, temos a Declaração de Chalputec que protege contra a ação estatal inclusive os discursos que ofendem, chocam ou perturbam o estado ou determinados setores da sociedade. Alguns programas oferecem verdadeiros shows televisivos que mostram acareações entre criminosos (suspeitos) e vítimas, incutindo no imaginário popular um determinado estereótipo de criminoso, que reforça a maniqueísta ideologia do bem e do mal, excluindo-se dessa exploração sensacionalista os delinquentes que não correspondem ao modelito explorado pelos meios massivos de comunicação.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Programas policialescos.

ABSTRACT

The hate speech is presented by the doctrine as an imprecise concept, which does not have a precise definition of the verb of conduct (to incite, to instigate violence, to intimidate, to harass, etc.) nor the types of discrimination it covers (race, belief, gender, sexual orientation, etc.). Sometimes the doctrine treats as an open concept, other times as a closed concept. The analysis around national, international and multilateral law and theory has pointed to the conclusion that media regulation and the fight against hate speech reflect political choices in different legal systems. Not even international human rights convention has a precise position on how the state should act in the face of hate speech. On one hand, we see the Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination, which provides that states must adopt measures to prevent, eliminate and punish all acts of manifestation of discrimination and intolerance. On the other hand, we have the Chalputec Declaration that protects discourses that offend, shock or disturb the state or certain sectors of society against state action. Some programs offer television shows that show relationships between criminals (suspects) and victims, instilling in the popular imaginary a certain stereotype of criminal, reinforcing the manichean ideology of good and evil, excluding from this sensationalist exploitation the delinquents who do not correspond to a model explored by the mass media.

Keywords: Human Rights. Freedom of expression. Speech of hate. Police programs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO	8
1.1. Liberdade de expressão como garantia fundamental	8
1.2. Os limites à liberdade de expressão	11
1.3. Discurso de ódio: conceito impreciso	12
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REGULAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL E NO MUNDO	16
2.1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	16
2.2. A tradição liberal norte americana.....	20
2.3. O garantismo alemão	22
2.4. O paradigma brasileiro	24
2.4.1. Previsões Constitucionais e Infraconstitucionais	24
2.4.2. Jurisprudência.....	28
3. VIOLAÇÃO DE DIREITOS PELA MÍDIA BRASILEIRA – O DISCURSO DE ÓDIO NA TV	40
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O debate sobre regulação de mídia, encabeçado por diversas organizações da sociedade civil nos últimos anos, confronta diferentes posições nos debates acadêmicos, políticos e jurídicos que pretendem refletir sobre o tema.

A partir da compreensão do papel central dos meios de comunicação nas sociedades contemporâneas – e sua grande abrangência na construção de gostos, consumos, imaginários e valores entre os diversos grupos que a compõem – deve-se entender um campo midiático como uma esfera de poder que (re)produz estruturas, hierarquias e desigualdades.

Não é difícil elencar algumas hipóteses que contribuem para explicar o cenário da mídia brasileira contemporânea: a formação dos(as) profissionais que atuam na área, o contexto social, político e econômico no qual o setor está inserido, os perfis dos(as) dirigentes das empresas de comunicação e a atuação estatal do campo são algumas das variáveis que não podem ser desconsideradas.

Seja por interesse teórico, ou com objetivo pragmático, é cada vez mais central buscar compreender as políticas propostas com o objetivo de garantir que os meios de comunicação desempenhem, de forma satisfatória, a função que lhes foi delegada nas atuais democracias.

Este é um desafio que exige grande esforço. Embora existam muitos estudos, tratados e legislações que debatem sobre políticas públicas de comunicação e regulação de mídia, resta ainda uma enorme lacuna na efetivação dos direitos e garantias previstos pelas normativas, bem como de exercício de auto-crítica pelas próprias empresas de mídia.

Os meios de comunicação representam hoje instrumento essencial na consolidação das sociedades democráticas. Diante desta importância, é urgente o debate sobre mecanismos que contribuam para a regulação da mídia, direcionando-a ao cumprimento de sua função democrática.

É inegável o papel central que os meios de comunicação têm assumido no ordenamento do debate político sobre as mais distintas questões. A abrangência encontrada pela televisão evidencia de forma ainda mais nítida esta questão. Não é

a toa que as empresas comunicação são tidas como o “quarto poder” que compõe as democracias contemporâneas.

Tendo em conta este papel central dos meios de comunicação de massa, sua precípua função pública – de manter a população informada e de agendar o debate público em tornos de temas centrais que afetam a democracia – e sua função social – de dar visibilidade aos diferentes grupos, combater estereótipos negativos e instrumentalizar a efetividade do direito à expressão e à comunicação; tem-se que a esfera da comunicação é de relevância pública, elemento central (para o bem ou para o mal) na estruturação das relações democráticas.

Neste complexo cenário, em que se tem a mídia como um “quarto poder” – capaz de agendar melhor do que qualquer representante eleito quais os “temas de relevância pública” – impõem-se as perguntas: quais os parâmetros de atuação que as empresas de comunicação estão submetidas e qual é papel e o limite do Estado na regulação dos meios de comunicação?

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO

1.1. Liberdade de expressão como garantia fundamental

A atuação da imprensa – e dos meios de comunicação de maneira geral – esteve fortemente conectada, ao longo das últimas décadas, aos processos de consolidação das sociedades democráticas. Exatamente por isso, a existência de meios livres para propagação de informação e expressão passou a ser, historicamente, um dos principais fundamentos da liberdade democrática.

Os direitos de liberdade são direitos de primeira geração: garantias fundamentais dos indivíduos, garantias inerentes e inalienáveis, sob a qual não podem incidir limitações do Estado por ser parte da zona de autodeterminação individual. Entende-se que o limite à atuação do Estado é a liberdade individual. Neste sentido, a limitação da liberdade de expressão por parte do poder público pode ser entendida como um paternalismo despótico¹, uma vez que condiciona quais manifestações são dignas (ou não) de compor o debate público.

Bakunin defende que:

A liberdade só pode e só deve defender-se pela liberdade, sendo um perigoso contrassenso querer atacá-la sob o pretexto de protegê-la e como a moral não possui outra fonte, outro estímulo, outra causa, outro objetivo além da liberdade e como ela própria não é nada mais do que a liberdade, todas as restrições que se lhe impuseram com a finalidade de proteger a moral, sempre agiram em seu detrimento. A psicologia, a estatística e toda a história nos provam que a imoralidade individual e social sempre foi a consequência necessária de uma má educação pública e privada, da ausência e da degradação da opinião pública, que só existe, desenvolve-se e moraliza pela liberdade; e sobretudo a consequência de uma organização viciosa da sociedade.²

A teoria liberal do Estado também assegura grande prevalência à proteção da liberdade individual, na qual insere-se a liberdade de expressão, face à atuação do Estado. A garantia da liberdade de expressão é o único instrumento capaz de garantir a plena efetivação da democracia.

Para que a liberdade humana seja respeitada, não basta que se viva num regime democrático, já que “a democracia pode desarmar uma

¹ SILVA, Alexandre Assunção. *Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião*. São Paulo: Editora

² BAKUNIN, Mikhail. *Estatismo e Anarquia*. São Paulo: Imaginário/Ícone, 2006, p. 67.

determina oligarquia, um determinado indivíduo privilegiado ou um conjunto de indivíduos privilegiados, mas pode também esmagar os indivíduos tão desapiadadamente como todos os governantes anteriores”.³

É importante notar que a “liberdade”, garantida de forma genérica a todos cidadãos e cidadãs é conceito necessariamente vago e de textura aberta. Neste sentido, a interpretação jurídica tem o papel de definir se determinados atos refletem, ou não, expressão da garantia fundamental; se lhe extrapolam ou se configuram mal uso.

Por se tratar de palavra imprecisa, objeto de constantes disputas ideológicas e de significado descritivo necessariamente encoberto pela grande carga emotiva, Célia Rosental Zisman aponta que não se pode conceber os direitos à liberdade de forma genérica, apenas de forma contextual:

Nunca será viável, portanto, prever todos os casos possíveis de emprego do termo *liberdade*, posto que a palavra possui textura aberta, ou vagueza potencial (...) o que constitui doença incurável da linguagem natural, que causa problemas que os juristas analisam através da interpretação.⁴

A questão dos limites da liberdade de expressão tem sido objeto de discussão nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como pelos órgãos internacionais de direitos humanos (OAS, 2010). Neste sentido, o debate sobre o direito à liberdade de expressão envolve múltiplos fatores: a garantia individual, o direito coletivo, o papel das instituições estatais e dos meios de comunicação, a forma de sanção quando o exercício do direito à liberdade de expressão colide com outras garantias fundamentais, as formas derivadas do direito à liberdade de expressão (direito à informação, direito à comunicação, entre outras).

Diversos autores apontam que o direito à liberdade de expressão é uma garantia do indivíduo face à intervenção do Estado na esfera da vida privada. A liberdade de expressão é assegurada, portanto, por uma prestação negativa do

³ SILVA, Alexandre Assunção. *Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 9.

⁴ ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p.25

Estado⁵. Tratando-se de direito fundamental de primeira geração, garantia individual e inalienável dos indivíduos, somente se admitirá interferência do poder estatal no exercício do direito quando em colisão com outras garantias fundamentais.

Neste sentido, admite-se a prevalência e proteção especial dos direitos fundamentais, mas não se cogita que sejam absolutos:

Ocorrem as chamadas colisões de direitos fundamentais, em que esses direitos, igualmente protegidos pelo texto constitucional, entram em conflito, visto que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental. Daí se pode afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados.⁶

Sem negar o caráter individual do direito à liberdade de expressão, bem como a possibilidade de sua limitação quando em colisão com outras garantias fundamentais, este estudo pretende se debruçar sobre o estudo do direito à liberdade de expressão como um princípio de dupla expressão: como direito individual (direito fundamental de primeira geração) e como garantia e dever coletivos.

Assim, é importante ter em conta a dupla dimensão do direito à liberdade: individual, na medida em a liberdade de expressão é, talvez, a única forma de instrumentalização da liberdade de pensamento; e coletiva, pois a liberdade de expressão é meio essencial para o exercício da liberdade política, de garantia de representação de diversos setores da sociedade na construção da agenda pública.

Deve-se garantir que os diferentes grupos e segmentos sociais tenham assegurado o seu direito à liberdade de expressão enquanto indivíduos ou enquanto coletivos. Em um contexto de uma sociedade de construção desigual, vários dos instrumentos de comunicação são capital detido de forma desigual entre os diferentes⁷ segmentos sociais. As diferenças de capital econômico, cultural e educacional (BOURDIEU, 1989, p. 137) determinam o acesso e a facilidade de trânsito de determinados indivíduos nas esferas de comunicação em massa.

Analisa-se, portanto, a liberdade de expressão como princípio inserto dentro de um conjunto de princípios que constroem o Estado Democrático de Direito. E não poderia ser diferente, uma vez que “não é viável um direito absoluto, posto

⁵ Idem.

⁶ Idem, p. 52.

⁷ BOURDIEU, Pierre. O poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 7.

que reinaria em prejuízo dos demais direitos fundamentais, ocasionando a desordem e, conseqüentemente, a impossibilidade da vida social”.⁸

1.2. Os limites à liberdade de expressão

Uma das formas de exercício da liberdade de expressão é a difusão, por meio dos meios de comunicação, de informação, ideias, discursos, expressões artísticas, culturais, sociais e políticas. Os meios de comunicação em massa possuem ampla abrangência na sociedade contemporânea e é inegável seu papel como legitimadores de comportamentos e ideias, bem como de promotores de valores.

Os meios de comunicação são essencial instrumento de asseguuração do direito à liberdade de expressão na sociedade democrática. Dada sua abrangência a liberdade de expressão tem tratamento diferenciado quando se fala em liberdade de imprensa e de produção cultural em massa. Há que se ter especial atenção quando se trata de liberdade de imprensa, seja para não excluir grupos do debate democrático, seja para garantir sua representação.

Da mesma forma, há que se estabelecer um debate sério sobre as eventuais limitações impostas à liberdade de imprensa. Isso porque, não pode o Estado intervir de maneira arbitrária na produção dos meios de comunicação (afronta à garantia individual), bem como não pode permitir a propagação de discursos que ferem outros princípios do Estado Democrático de Direito (violação de direitos individuais ou coletivos).

A regulação dos meios de comunicação deve, portanto, estar adequada às regras gerais do Estado Democrático de Direito, instituição composta por princípios que colidem, mas que não se sobrepõem, visando à pacificação social.

Desta maneira, as possibilidades de regulação dos meios de comunicação social pelo Estado, devem levar em conta os limites desta regulação e as formas como ela se expressa, seja por prestação positiva (sancionando ou promovendo ações), seja por prestação negativa (zona de autodeterminação, não pode haver censura).

⁸ ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 51.

A regulação dos meios de comunicação deve sempre pautar-se pela inserção do direito à liberdade de expressão em um conjunto principiológico das garantias fundamentais. Não pode o Estado, no exercício da regulação da liberdade de expressão, limitá-la a ponto de ferir-lhe o núcleo essencial⁹.

A regulação do Estado também deve se dar por prestação positiva, garantindo que os diferentes segmentos sociais tenham acesso aos meios de produção e propagação de conteúdo; que sejam representados nos meios de comunicação em massa. A existência de representação dos diferentes grupos nos meios de comunicação social é expressão da sociedade democrática.

Esta foi a denúncia feita por Viola Davis, primeira atriz negra a ganhar o Emmy de melhor atriz, ao denunciar a desigualdade persistente na representação da população feminina e negra no cinema e na televisão:

Na minha mente, eu vejo uma linha. E sobre essa linha que eu vejo campos verdes e flores lindas e belas mulheres brancas com seus braços esticados para fora sobre essa linha. Mas eu não consigo chegar lá, não sei porque. Eu não consigo superar essa linha. Harriet Tubman disse isso em 1800.¹⁰

A garantia da pluralidade é importante prestação positiva do Estado na promoção de uma sociedade verdadeiramente democrática. Desta maneira, a regulação dos meios de comunicação deve obedecer a determinados limites, sob pena de se violar de maneira autoritária a garantia fundamental, como também estabelecer diretrizes alinhadas com os princípios que o regem.

1.3. Discurso de ódio: conceito impreciso

A doutrina apresenta uma série de definições sobre o que classifica de determinada manifestação como “discurso de ódio” (*hate speech*). Os modelos conceituais trazem uma série de características que denotam o grau de subjetividade que envolve o conceito.

⁹ ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 103.

¹⁰ Discurso legendado disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dfpcy7oc1-w> (acesso em 25 de setembro de 2015)

Samantha Meyer-Pflug entende que o discurso de ódio corresponde à manifestação de *“ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”*. A incitação à discriminação elemento nuclear na definição proposta pela autora, que traz uma delimitação especificada das discriminações que são abarcadas pelo conceito: racial, social ou religiosa¹¹.

Winfred Brugger apresenta um conceito mais amplo, onde o discurso de ódio é identificado como aquele que pretenda *“insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”*. Embora a conceituação abarque mais formas de discriminação, para o autor, no mesmo sentido proposto por Meyer-Pflug, o discurso de ódio deve ser entendido pela sua potencialidade de *“instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”*¹².

A potencialidade de promoção de hostilidade também está presente na definição do autor chileno Alvaro Paul Diaz:

Debe notarse que el hate speech ‘va más allá de la simple expresión de rechazo o antipatía’, ya que ‘trata de promover la hostilidad contra las personas respecto de quienes se dirige la conducta discriminatória’¹³.

Para Daniel Sarmiento a definição de discurso de ódio é um dos casos em que se deve limitar a liberdade de expressão a fim de garantir que outros direitos fundamentais não sejam violados. O autor entende que o discurso de ódio está relacionado às *“manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”*¹⁴, deixando em aberto o rol de discriminação que o conceito abarca.

¹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 147

¹² BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Direito Público, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

¹³ DIAZ, Alvaro Paul. *La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada*. Revista Chilena de Derecho, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech [S.d.]. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12839939/a-liberdade-de-expressao-eo-problema-do-hate-daniel-sarmiento> . Acesso em 16 de setembro de 2016

Para Virgílio Afonso da Silva o discurso de ódio está associado à segregação, sendo necessário analisar a posição social que ocupam os atores do fenômeno, sem, entretanto, elencar quais grupos ou formas de discriminação são abarcados pelo conceito:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar¹⁵.

Embora não exista uma definição universalmente aceita do que define um discurso como “discurso de ódio” para fins legais, é importante ter em conta as dimensões políticas e sociais associadas ao conceito.

Hate violence is motivated by social and political factors and is bolstered by belief systems which (attempt to) legitimate such violence... It reveals that the personal is political; that such violence is not a series of isolated incidents but rather the consequence of a political culture which allocates rights, privileges and prestige according to biological or social characteristics¹⁶.

A compreensão do discurso de ódio como fenômeno político-social é essencial quando da análise da aplicação dos modelos teóricos. A doutrina, assim como a legislação, conforme será explanado no próximo capítulo, não conformam um consenso sobre quais manifestações discriminatórias devem ser coibidas pela legislação, limitando o gozo do direito à liberdade de expressão. Algumas definições, como a de Meyer-Pflug e Brugger são taxativas nos tipos de discriminação que determinam o conceito de discurso de ódio. Outras, como a de Sarmiento e Silva, deixam o conceito aberto, abarcando qualquer forma de discriminação com caráter segregacionista.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁶ SHEFFIELD, apud, PERRY, Barbara. *In the Name of Hate: understanding hate crimes*. New York: Routledge, 2001. p.9

Percebe-se, também, a diversidade existente entre os diferentes modelos teóricos em relação aos verbos nucleares relacionados à conduta, característica igualmente presente nas legislações nacionais e internacionais relacionadas ao tema. Parte da doutrina defende que o discurso de ódio é aquele capaz de incitar à violência, outra entende que a manifestação de ideias e pensamentos baseados na discriminação são uma violência em si.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REGULAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL E NO MUNDO

2.1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Os Tratados Internacionais asseguram a proteção à liberdade de expressão, como garantia fundamental que deve ser protegida considerando sua de sua dupla dimensão: como direito individual e como bem coletivo.

Nos instrumentos normativos transnacionais a proteção à liberdade de expressão inclui o direito à liberdade individual de procurar, receber e difundir informações, o artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos protege o direito à liberdade de expressão garantindo que *“todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”*.

Definição similar é encontrada no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969), na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH (2000) e na Declaração de Chalputec, documento adotado pela Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão em 1994.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), adotado pelo Brasil em 1991, prevê que o exercício da liberdade de expressão assegura o direito de propagação de ideias de *qualquer natureza*. Entretanto entende que o exercício do direito à liberdade de expressão *“implicará deveres e responsabilidades especiais”*. A normativa entende que a liberdade de expressão pode estar sujeita a determinadas restrições, desde que sejam expressamente previstas em lei anterior e com exclusivo objetivo de *“assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”* e *“proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”* (artigo 19).

No mesmo sentido, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão garante proteção às “*opiniões políticas ou de qualquer outra índole*” (artigo 2º).

Tal preocupação à proteção à pluralidade de ideias e opiniões é consequência da liberdade de expressão ser princípio relacionado diretamente à garantia da democracia. Entende-se que sua proteção não pode estar sujeita à censura prévia, por esta ser instrumento de interferência do Estado sobre direito fundamento do indivíduo. Assim, ao Estado cabe eximir-se de interferir na zona de autodeterminação individual, estabelecendo apenas **sanções ulteriores** para hipóteses elencadas pela lei, garantindo a livre propagação de ideias, mesmo aquelas que possam incomodar determinados grupos.

Proíbe-se a censura prévia, sendo esta entendida como a interferência **direta** ou **indireta** “*sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica*”, conforme artigo 5º da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão da CIDH. Protege-se, ainda, a liberdade de expressão contra a “*imposição arbitrária de informação*” e a “*criação de obstáculos ao livre fluxo de informação*”.

Por outro lado, os documentos internacionais apresentam algumas hipóteses em que se poderá relativizar a garantia à liberdade de expressão. A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que a proteção da infância e da adolescência é a única hipótese em que se admite a censura prévia a espetáculos, “*com objetivo exclusivo de regular acesso eles*” (artigo 13), bem como assegura o direito de resposta (artigo 14). O Pacto de San José da Costa Rica dispõe que a lei deverá coibir a “*apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*”.

A Convenção Interamericana Contra Forma de Discriminação e Intolerância é o documento que assegura proteção contra uma gama maior de discursos discriminatório. Nas disposições preliminares do documento, ressalta-se o objetivo de combater “*a discriminação e a intolerância em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais*”, ressaltando o crescimento dos “*crimes de ódio motivados por gênero, religião, orientação sexual, deficiência e*

outras condições sociais”, a normativa define a discriminação e elenca suas formas de manifestação:

Artigo 1

1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual,

identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

A normativa dispõe, ainda, que os Estados devem “*prevenir, eliminar, proibir e punir*” todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive:

Artigo 4

(...)

ii. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação,

inclusive a internet, de qualquer material que:

a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e

b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos;

Na disposição de motivos da Declaração de Chalputec, prevalece a proteção da liberdade de expressão como direitos fundamental inalienável, entendendo que o combate aos discursos perniciosos deve ser feito a partir da promoção do contraponto: “*em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga*”. Desta forma, a normativa adota o paradigma segundo o qual o direito à liberdade de expressão abrange a proteção não só às ideias e opiniões consideradas favoráveis ou inofensivas, como também aquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou setores da sociedade. A proteção aos discursos

que causam repulsa é considerada, neste sentido, como exigência do pluralismo e da tolerância, sem os quais não há sociedade democrática.

A imprensa e os meios jornalísticos em geral são entendidos como instituições independentes, que não podem ser submetidas a “*condicionamentos prévios, tais como de veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte dos Estados*” (artigo 7º da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão – CIDH). Deve-se estabelecer diretrizes éticas para condução da atividade de imprensa, entretanto, em nenhuma hipótese estas podem ser determinadas pelo Estado (artigo 6º).

Em relação aos meios de comunicação os Tratados Internacionais tratam de assegurar o direito ao exercício livre e independente de interferência – direta ou indireta – de instrumentos de controle de conteúdo veiculado. Garante-se o direito de expressar-se livremente, emitindo opiniões de qualquer natureza, por quaisquer meios orais, escritos ou artísticos, bem como a previsão de critérios que garantam a igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos aos meios de comunicação. A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da CIDH dispõe (artigo 12):

Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.

A legislação transnacional em direitos humanos estabelece diretrizes que protegem a liberdade de expressão como direitos de **procurar**, **receber** e **difundir** informações, ideias e opiniões. Percebe-se que não existe consenso sobre a forma como devem ser tratados os discursos de ódio. Alguns instrumentos preveem que o Estado deve eximir-se que intervir, sendo o contraponto o meio mais eficaz e democrático de combatê-lo. Outros, estabelecem hipóteses em que, desde que justificada, poderá limitar-se a liberdade de expressão, estabelecendo, inclusive, sanções civis e penais à discursos perniciosos.

Percebe-se a preocupação em estabelecimento apenas de sanções ulteriores quando do mau uso do direito de liberdade de expressão. A censura é expressamente rechaçada na quase totalidade das normativas internacionais que tratam sobre liberdade de expressão. As sanções a discursos ofensivos, quando cabíveis, devem ser sempre prévias e expressamente previstas em lei.

Assim como na doutrina, a legislação internacional aponta uma série de divergências quanto ao tratamento da liberdade de expressão quando esta entra em conflito com outras garantias fundamentais. O tratamento e adoção destes princípios e diretrizes se dá, em cada país, a partir da escolha de paradigmas que conformam a aspectos culturais relevantes e necessidades próprias.

2.2. A tradição liberal norte americana

Nos Estados Unidos a liberdade de expressão é garantida pela Primeira Emenda, aprovada em 1791, que dispõe:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.¹⁷

A jurisprudência consolidada nos tribunais do país fixou entendimento no sentido de que o direito à liberdade de expressão é uma garantia preferencial¹⁸, o que significa sua prevalência quando em colisão com outros direitos, como a privacidade, a reputação ou a igualdade.

A proteção à liberdade de expressão pela Constituição dos EUA entende que a garantia à liberdade de expressão é essencial para a democracia e para a boa governança. Neste sentido, a Constituição estadunidense protege a liberdade de expressão mesmo quando esta se manifeste por discursos ofensivos,

¹⁷“O Congresso não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos.” - tradução livre.

Disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm Acesso em: 30 de maio de 2016.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

uma vez que adotam o entendimento de que o combate ao discurso de intolerância não se dá por meio de regulação, mas sim pelo livre debate de ideias.

Assim, a tradição libertária prevalece na orientação jurisprudencial da Suprema Corte norte americana. No caso *Brandenburg vs. Ohio* a Suprema Corte entendeu que a restrição à veiculação de reportagem com membros da Ku Kux Klan importaria em violação à Primeira Emenda. Na ocasião, o tribunal decidiu que os discursos racistas e xenófobos veiculados não violavam os direitos de nenhum indivíduo em específico e não se destinavam diretamente ao cometimento imediato de uma ação ilegal. O caso até hoje é uma referência na orientação jurisprudencial liberal norte americana¹⁹.

OS EUA são referência em relação ao tratamento liberal em relação à veiculação de discursos ofensivos, uma vez que priorizam em absoluto do direito à expressão, como garantia individual, em relação às consequências sociais perpetradas por este tipo de discurso.

A proteção estatal da liberdade de expressão nos Estados Unidos dá prevalência à teoria libertária²⁰. O paradigma liberal norte americano interpreta a liberdade de expressão como uma proteção do indivíduo contra a interferência arbitrária do Estado, sendo esta entendida como forma de controle da opinião daquele que discursa²¹.

Alex Potiguar (2012) aponta, entretanto, que quando se pensa no direito à liberdade de expressão relacionado com os meios de comunicação de massa, a teoria apresenta fragilidades:

A teoria libertária não responde às questões quanto aos meios de comunicação fortemente oligopolizados, em outras palavras, assegura um direito quase ilimitado a emissoras poderosas, conglomerados econômicos, elites, comprometendo, assim, o discurso daqueles que não têm acesso aos meios de comunicação. Essa teoria acaba por calar o discurso daqueles que não detêm o poder de imprensa.

¹⁹ VIEIRA, Lucas Pacheco. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa sob a perspectiva da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. UFSM: 30, 31 mai e 01 jun / 2012- Santa Maria-RS

²⁰ POTIGUAR, Alex. Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio. A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Editora Consulex, Brasília, 2012.

²¹ Idem, p. 55

2.3. O garantismo alemão

Na Alemanha a doutrina predominante no Direito Constitucional é substancialmente diferente do paradigma liberal norte americano. A orientação alemã entende o direito à liberdade de expressão como garantia que possui dupla dimensão: individual e coletiva.

A ideia básica é a de que a liberdade de expressão desempenha um duplo papel: por um lado, ela constitui um direito subjetivo individual, vital para a dignidade humana, mas, por outro, ela é também um instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos, tão necessários ao funcionamento de um regime democrático. Esta primeira dimensão individual da liberdade de expressão tende a preponderar em casos envolvendo direitos de cidadãos comuns, artistas, escritores, etc., enquanto a segunda dimensão institucional e objetiva é mais enfatizada em questões relativas à imprensa em geral²².

A doutrina alemã entende o direito à liberdade de expressão, precipuamente, como garantia do indivíduo contra o Estado. Entretanto, sem deixar de reconhecer a importância da prestação negativa estatal, a Alemanha reconhece a importância de estabelecer limites à veiculação de discursos que promovam marginalização e subjugação de populações socialmente estigmatizadas.

O termo “crime de ódio” consta expressamente na legislação do país, sendo entendido como subcategoria de “crimes politicamente motivados”. A compreensão de que os crimes de ódio possuem motivação política, está intrinsecamente ligada à sua compreensão como fenômeno social em que grupos historicamente e culturalmente dominantes se valem do discurso como forma de intimidação e controle de grupos socialmente marginalizados.

Politically motivated criminal acts are considered hate crimes if (1) – taking into consideration the circumstances of the act and the attitude of the perpetrator(s) – indicators occur which imply that the crime was directed against a person because of his or her nationality, ethnicity, race, skin colour, religion, origin, sexual orientation, disability or because of his or her outward appearance or social status and that (2) the act is in causal relationship to this²³.

²² SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007, p. 12.

²³ PEUCKER, Mario. The hate crime concept in germany and how to improve the knowledge on the extent of hate crimes. European Forum of Migration Studies, National Focal Point for the EUMC. University of Bamberg, 2007. Disponível em: http://www.efms.uni-bamberg.de/pdf/Hate_crime_concept_final.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2016.

A teoria constitucional alemã entende que a liberdade de expressão deve ser balanceada com as demais garantias constitucionais. Enquanto nos Estados Unidos a autonomia do indivíduo permanece superior desde que não envolva incitação direta ao cometimento de um crime, na Alemanha tal autonomia deve ser considerada com outros direitos como a dignidade e a intimidade.

Para os alemães é correta a proibição do discurso de ódio. Eles sustentam que ninguém pode usar livremente da liberdade de expressão para silenciar o outro. Uma expressão bastante usada entre eles é “negar a liberdade para os inimigos da liberdade”²⁴.

Considera-se legítima a restrição da liberdade de expressão quando o discurso fere a dignidade humana. Em vários julgados a Corte Constitucional alemã já se valeu da ponderação de princípios para proibição do discurso de ódio, considerando que este fere outras garantias fundamentais socialmente relevantes.

Paradigmático em relação à legalidade da restrição à liberdade de expressão na Alemanha é o caso da teoria revisionista. O país considera que os discursos que comportam a negação do Holocausto não estão protegidos pela liberdade de expressão, impondo pena de prisão ou multa a quem negue o genocídio cometido durante o Terceiro Reich²⁵.

Importa observar que o paradigma alemão trata como caso de direito penal os excessos cometidos no exercício do direito à liberdade de expressão. Potiguar aponta que tratamento semelhante é adotado na África do Sul, Nova Zelândia, Austrália, Canadá e Inglaterra que, seguindo os mandamentos da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, consideram crime o incitamento ao ódio com base em diferença racial, religiosa ou étnica²⁶.

²⁴ POTIGUAR, Alex. Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio. A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Editora Consulex, Brasília, 2012. p. 76

²⁵ Idem, p. 77.

²⁶ Idem, p. 80.

2.4. O paradigma brasileiro

2.4.1. Previsões Constitucionais e Infraconstitucionais

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 protege a liberdade de expressão em suas variadas formas: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, direito à informação e de informação jornalística (art. 5º, IV, VI e IX, CF/88).

Alex Potiguar entende que a liberdade de expressão é gênero de variadas formas de expressão da esfera psicológica:

A liberdade de expressão inclui o direito de formar e possuir crenças e opiniões sobre qualquer assunto, de comunicar ideias, opiniões, e informações por meio de qualquer meio, seja pela fala, pela escrita, música, arte, ou qualquer outra forma²⁷.

A Constituição assegura, ainda, a defesa da liberdade de imprensa e comunicação. O artigo 220, §1º, da Carta Cidadã dispõe que *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”*, bem como veda *“toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”* (§2º).

Embora a liberdade de expressão tenha grande importância nas disposições constitucionais, sendo protegida como direito fundamental inalienável, a Constituição Federal traça limites à este direito, coerente com o postulado de que o ordenamento jurídico não reconhece direito ou liberdade de valor absoluto²⁸. Neste sentido, defende Edílson Pereira de Farias:

Apesar de não se encontrar subsumida ao controle interno da verdade, isso significa que a liberdade de expressão esteja livre de qualquer parâmetro para seu exercício. O marco da liberdade de expressão diz respeito às exigências de continência e pertinência na apresentação das ideias, afim de que as opiniões não desdobrem para a agressão gratuita aos direitos personalíssimos, tais como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem. Nesse sentido, ocorre exercício abusivo da liberdade em epígrafe quando se constata desrespeito à regra da proporcionalidade: esta exige a exclusão de frases

²⁷ POTIGUAR, p. 95

²⁸ Idem, p. 103.

formalmente injuriosas, ou seja, as manifestações subjetivas, contendo epítetos pejorativos contra pessoas e desnecessários para a essência do pensamento de quem os formulou, não se encontram tutelados pelo Âmbito de proteção da liberdade de expressão²⁹.

A Constituição Federal de 1988 assegura a livre manifestação de pensamento, “sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV), protege a “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX).

Entretanto, a Constituição reconhece à inviolabilidade à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88), sendo que tais princípios constituem legítima restrição à liberdade de expressão. A ponderação de qual princípio deverá prevalecer deve ser analisada no caso a caso.

Em relação aos meios de comunicação e a possibilidade de regulação de conteúdo veiculado a Constituição Federal dispõe que:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

A Constituição dispõe, ainda, que compete à lei federal “*regular as diversões e espetáculos públicos*”, com o objetivo de informar as faixas etárias a que não são recomendados, locais e horários que sua apresentação se mostrem inadequada (art. 220, §3º, I, CF/88), bem como assegura que o Poder Público deverá “*estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*”.

²⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81.

A legislação infraconstitucional também estabelece diretrizes e sanções aos meios de comunicação de massa a fim de assegurar direitos individuais e da coletividade contra eventuais abusos do direito à liberdade de expressão. É o caso do Regulamento de Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795/63) que prevê:

Art. 28 - As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações:

12 - na organização da programação:

a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes;

b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico;

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.177/1962) prevê que *“a liberdade de radiofusão não exclui a punição dos que praticarem abuso no seu exercício”* (art. 52). A normativa prevê, ainda, que:

Art. 53. Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive:

a) incitar a desobediência às leis ou decisões judiciais;

e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;

A Lei nº 7.716/89 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor) dispõe:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

Por fim, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) assegura que:

Art. 23. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;

VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

A legislação nacional é extensa na proteção da liberdade de expressão, bem como na proteção contra a má utilização da garantia fundamental. Percebe-se preocupação não somente em coibir abusos como também de promover o pluralismo e efetivar o debate democrático. Neste sentido, na mesma toada do

artigo 24, VII do Estatuto da Igualdade Racial, a Constituição Federal de 1988 prevê que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (art. 220, §5º).

2.4.2. Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 3.590/DF, apontou entendimento de que o discurso de ódio envolve formas de discriminação que vulneram o princípio da dignidade da pessoa humana além daquelas definidas pelo art. 20 da Lei 7.716/89: raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

Na oportunidade, a Suprema Corte analisou denúncia oferecida pelo Ministério Público contra declarações homofóbicas proferidas pelo deputado e pastor Marcos Feliciano que, em sua conta do Twitter, publicou a seguinte mensagem:

‘A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição’.

A denúncia foi rejeita porquanto o Tribunal entendeu constituir fato atípico a discriminação ou preconceito decorrente da opção do cidadão ou cidadã. O Ministro Relator, Luis Roberto Barroso, embora reconhecendo que a manifestação possuía caráter de discurso de ódio, decidiu arquivar o inquérito por atipicidade da conduta. Assim se manifestou o Ministro, entendendo pela taxatividade do art. 20 da Lei nº 7.716/89:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional.

De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita.

De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia.

Outro caso emblemático foi a denúncia feita pelo Ministério Público Federal contra o SBT, concessionária de serviço público de radiofusão e televisão,

por conta de declarações da apresentadora Rachel Sheherazade do telejornal "SBT Brasil", veiculado em horário nobre, de amplo acesso do público em geral. Em fevereiro de 2014 a então âncora do telejornal manifestou-se em comentário à reportagem exibida na oportunidade, **defendendo, legitimando e estimulando** as atitudes de transeuntes que agiram como "vingadores/justiceiros", em verdadeiro linchamento de um adolescente negro, com antecedentes criminais, que foi amarrado sem roupas a um poste pelo pescoço.

Na ocasião a apresentadora proferiu o seguinte discurso:

“O marginalzinho amarrado ao poste era tão inocente que em vez de prestar queixa contra seus agressores, preferiu fugir, antes que ele mesmo acabasse preso. É que a ficha do sujeito – ladrão conhecido na região – está mais suja do que pau de galinheiro. Num país que ostenta incríveis 26 assassinatos a cada 100 mil habitantes, arquiva mais de 80% de inquéritos de homicídio e sofre de violência endêmica, a atitude dos “vingadores” é até compreensível. O Estado é omissor. A polícia, desmoralizada. A Justiça é falha. O que resta ao cidadão de bem, que, ainda por cima, foi desarmado? Se defender, claro! O contra-ataque aos bandidos é o que eu chamo de legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado contra um estado de violência sem limite. E aos defensores dos Direitos Humanos, que se apiedaram do marginalzinho no poste, lanço uma campanha: “Façam um favor ao Brasil. Adote um bandido!””³⁰

O Ministério Público entendeu que a declaração representou evidente abuso do direito à liberdade de expressão e imprensa, notadamente por justificar e legitimar a atitude adotada pelos justiceiros. Ressaltando a responsabilidade social da empresa de comunicação, a representação ressalta a lesão social resultante de tal discurso, que não se conformam os princípios do Estado Democrático de Direito.

Ademais, ao se veicular tais comentários, em canal de televisão aberta, serviço público da União, exercido pela TVSBT, mediante concessão pública, violou-se o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, a presunção de inocência, os fundamentos da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do dever de proteção do Estado, ao adolescente, contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, bem como das diretrizes da comunicação social, respeitadas a ética e a moralidade da pessoa e da família.

³⁰ A fala da apresentadora, transcrita na denúncia, também pode ser acessada em seu blog pessoal: <http://rachelsheherazade.blogspot.com.br/2014/02/adote-um-bandido.html> - acesso em 23 de agosto de 2016.

Além disso, a denúncia apontou que a veiculação das declarações da apresentadora Rachel Sheherazade estaria na direção diametralmente oposta ao que determina a Constituição Federal em seu artigo 221, ao fixar os princípios da produção e a programação das emissoras de rádio e televisão.

Considerando as disposições constitucionais de defesa da dignidade humana, especialmente a disposição do art. 5º, III e XLIII que dispõem que “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” e que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*” e considerando o contexto em que tal mensagem foi veiculada, em rede aberta de televisão e imagens, serviço público concedido pela União, considerou o Ministério Público Federal inegável a vulneração do princípio da dignidade humana, requerendo a condenação em danos morais (extrapatrimoniais) coletivos, visando uma indenização punitiva contra a emissora.

O Ministério Público Federal requereu, ainda, a responsabilização da União com base na Lei 8.987/95 (estabelece o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal) que dispõe que “*incumbe ao Poder Concedente regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação*” (art. 29). A denúncia aduz que o Poder Público foi omissos na sua função de fiscalizar a prestação adequada do serviço à população, bem como de aplicar as penalidades de natureza administrativa à emissora concessionária pelo não cumprimento dos mandamentos legais e constitucionais.

A representação contou com o apoio do Sindicato de Jornalistas Profissionais do Município do Rio de Janeiro e do Sindicato de Jornalistas Profissionais do Distrito Federal que se manifestaram contra os comentários veiculados apontado, inclusive, violação ao Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros.

O caso ainda aguarda apreciação, mas a denúncia não é inédita. Em caso semelhante o Ministério Público Federal conseguiu a condenação da Rede Bandeirantes, concessionária de serviço público de televisão, por declarações

discriminatórias proferidas pelo apresentador José Luiz Datena no programa “Brasil Urgente”.

O programa veiculou discurso discriminatório contra ateus durante cerca de uma hora, associando-os ao cometimento de crimes e à devassidão moral³¹. Além da condenação por danos morais coletivos, a emissora foi condenada a assinar termo de ajustamento de conduta e a exibir programa produzido pelo próprio Ministério Público Federal conscientizando a população acerca da laicidade do Estado. A União também foi condenada por omitir-se de fiscalizar o programa (autos do Processo nº 0023966-54.2010.4.03.6100).

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu, no julgamento no HC 82424/RS, pela prevalência do princípio da dignidade humana em face do direito à liberdade de expressão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na

³¹ Trecho do programa disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JzA1yALX-LY> – acesso em 10 de setembro de 2016.

respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito

entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

(HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Também no julgamento da ADPF nº 130/DF, de relatoria no Ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a necessidade de proteção da liberdade de imprensa como forma garantidora da manutenção democrática, sendo entretanto, limitada pelos mecanismos constitucionais da calibração de princípios, ressaltando a proporcionalidade entre a liberdade de imprensa e a responsabilidade civil por excessos, bem como a responsabilidade social a qual os meios de comunicação devem estar atentos.

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS

DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABRANGER OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO

SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas

ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE

PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de

precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público". 9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220). 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa

hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020)

A análise jurisprudencial aponta para a preocupação da jurisprudência brasileira de análise minuciosa do caso concreto nas hipóteses em que se pretende limitar a liberdade de expressão quando da sua má utilização.

Nos casos em que a manifestação discriminatória contra determinado grupo se dá pelos meios de comunicação, os julgados apontam para a responsabilização da emissora, evidenciando seu caráter de concessão pública e sua função social, bem como da União que deveria exercer funções administrativas de controle e sanção de acordo a outorga que lhe foi conferida pelo artigo 220 da Constituição Federal.

3. VIOLAÇÃO DE DIREITOS PELA MÍDIA BRASILEIRA – O DISCURSO DE ÓDIO NA TV

A partir da análise dos discursos presentes nos atores midiáticos dos programas policiais, tal qual o apresentado por Datena, que resultou na condenação da emissora Rede Bandeirantes pode-se identificar uma série de violações às legislações nacionais e multilaterais

Os programas policiais são uma forma de narrativa midiática em que se dilui as fronteiras entre jornalismo e entretenimento. A exploração de uma linguagem realística e a espetacularização dos fatos narrados são suas principais características.

O fato é que os programas policiais tem ganhado ampla aceitação pelo gosto do(a) telespectador(a), por conta de sua proximidade com a linguagem e os sentimentos de vingança populares. Entretanto, independentemente do gosto do telespectador, os programas policiais têm violado sistematicamente uma série de direitos humanos.

Em pesquisa realizada pela jornalista Suzana Varjão sobre os meios de comunicação brasileiros, aponta-se que as principais violações promovidas pelas empresas de comunicação estão relacionadas à³²: 1. Desrespeito à presunção de inocência; 2. Incitação ao crime e à violência; 3. Incitação à desobediência às leis ou às decisões judiciais; 4. Exposição indevida de pessoas; 5. Exposição indevida de famílias; 6. Discurso de ódio e preconceito; 7. Identificação de adolescentes em conflito com a lei; 8. Violação do direito ao silêncio; 9. Tortura psicológica e tratamento desumano ou degradante.

Identifica-se, a partir daí, infração de pelo menos doze leis brasileiras: 1. Constituição Federal de 1988; 2. Regulamento dos Serviços de Radiodifusão; 3. Código Brasileiro de Telecomunicações; 4. Código Civil Brasileiro; 5. Código Penal Brasileiro; 6. Código de Processo Penal; 7. Lei de Execução Penal; 8. Lei nº

³² VARJÃO, Suzana. Violações de direitos na mídia brasileira: ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa / Suzana Varjão. Brasília, DF: ANDI, 2015. P. 56

9.455/97 (sobre tortura); 9. Lei nº 7.716/89 (preconceito de raça ou de cor); 10. Estatuto da Igualdade Racial; 11. Estatuto do Idoso; 12. Estatuto da Criança e do Adolescente.

E, ainda, a pelo menos sete legislações multilaterais: 1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 2. Convenção sobre os Direitos da Criança; 3. Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 4. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 5. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 6. Declaração Universal dos Direitos Humanos; 7. Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Por último, importa salientar que estas práticas midiáticas violam pelo menos três dispositivos de autorregulação: 1. Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros; 2. Princípios Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade; 3. Declaración conjunta do Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión – 1999.

Mesmo diante da existência de vasta legislação acerca do tema, os mecanismos de controle e sanção não encontram efetividade. Na maior parte das vezes, escudam-se sobre o argumento do direito à liberdade de expressão para que se reproduza de forma desimpedida as mais variadas formas de discurso de ódio e discriminação. Neste sentido, denuncia Suzana Varjão, os meios de comunicação qualificam como censura – sabendo do peso que carrega a expressão – qualquer esforço de regulação de seu meio:

É prática recorrente das emissoras de rádio e TV tacharem de censura qualquer esforço para se estabelecer uma regulação mínima para o campo da comunicação de massa. Assim, além da hegemonia da audiência, garantem a hegemonia do discurso que reproduzem. Segue, portanto, valendo a lei do mais forte, mesmo nos casos em que há sanções previstas em leis infraconstitucionais.³³

³³ VARJÃO, Suzana. Violações de direitos na mídia brasileira: ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa / Suzana Varjão. Brasília, DF: ANDI, 2015. P. 11.

Neste sentido, há que se ter em conta os parâmetros e limites à ação estatal, bem como evidenciar quais os valores tutelados estão em discussão. Para a Organização dos Estados Americanos, as eventuais limitações à liberdade de expressão devem compatibilizar com os princípios do Estado Democrático de Direito:

En términos generales, la jurisprudencia interamericana ha explicado que, “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática; que “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención [Americana]”; y que “la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática. En los párrafos que siguen se explican las condiciones específicas que surgen de esta regla general.³⁴

A partir da análise (teórica, legal e jurisprudencial) é necessário pensar mecanismos de regulação que garantam o respeito à liberdade de expressão, mas que encontrem efetividade em combater a propagação de discursos discriminatórios nos meios de comunicação de massa.

Um bom exemplo é a atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que possui o projeto “*Ministério Público pelo Direito à Comunicação*”³⁵ que angaria temas de atuação: classificação indicativa, concessões públicas, discriminação/intolerância, publicidade à criança e adolescente, rádios comunitárias, violação de direitos, entre outros. A Procuradoria é responsável pela coordenação de políticas públicas referentes aos direitos do cidadão, o projeto com o Ministério Público visa promover e garantir o respeito aos princípios insculpidos nos artigos 220 a 224 da Constituição Federal (Capítulo V – Do Direito à Comunicação).

Essa atuação se dá por meio de debates entre sociedade civil, setor privado e poder público, a fim de elaborar subsídios fundamentados e traçar metas para atuação dos membros do Ministério Público Federal no tema. Em relação à

³⁴ Organização dos Estados Americanos. Marco Jurídico Interamericano Sobre El Derecho a Libertad de Expresión. OAS: 2010 (p. 1-60).

³⁵ <http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/atuacao.html> - acesso em 13 de setembro de 2016.

cada eixo temático, o órgão promove ações extrajudiciais, por meio de recomendações destinadas às instituições públicas e provadas; e judiciais, que atua junto ao judiciário a partir das denúncias que chegam por meio do Ministério Público.

Embora a jurisprudência não reconheça que a discriminação contra orientação sexual seja considerado prática de discurso de ódio passível de restrição, por conta da taxatividade do art. 20 do Estatuto da Igualdade Racial, conforme anteriormente explanado, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, estabeleceu a Recomendação nº 015/2005 que, considerando, dentre outros fatores, que *“a preocupação do constituinte e do legislador ordinário com a defesa das minorias sociais é inteiramente justificada, porque essa proteção não interessa apenas às próprias pessoas em situação de vulnerabilidade social, mas sim à toda coletividade”*³⁶. A Recomendação, direcionada à Rede Globo de Televisão, demonstrando por dados estatísticos como o tratamento discriminatório tem consequências sociais relevantes, inclusive nos dados sobre violência, recomenda que *“cesse a veiculação dos quadros televisivos que, como no Programa Zorra Total, incorram na prática de discriminação por orientação sexual consistente na associação entre a imagem GLBT a conteúdos jocosos e/ou estereotipados e incitação à violência contra GLBT”*, bem como sejam abertos espaços na programação da emissora para tratamento de questões relacionadas à população LGBT de acordo com os princípios de não discriminação.

No mesmo sentido, a Recomendação PR/DF nº 17/2005 – Recomenda à Rede Gazeta de Televisão que cesse a veiculação dos quadros televisivos que, como no Programa Sérgio Mallandro, incorram na prática de discriminação por orientação sexual consistente na associação entre a imagem GLBT a conteúdos jocosos e/ou estereotipados e incitação à violência contra GLBT; e a Recomendação PR/RJ nº 2/2005 – Recomenda à Rede Globo de Televisão, que não sejam mais transmitidas, no curso da novela “A LUA ME DISSE”, cenas que exponham a personagem Índia em questões constrangedoras ou degradantes, ou que alimentem o estereótipo contra indígenas.

³⁶ RECOMENDAÇÃO N.º 015/2005 PRDF/PRDC/LT

Processos importantes no combate ao discurso de ódio que encontram-se em trâmite, ou já sentenciados a favor da tese anti-discriminação, promovidos pela Procuradoria:

- Ação Civil Pública nº 2009.61.00.005800-6 - proposta pelo MPF contra a Rádio e Televisão Record S/A e Fundação Cásper Líbero, para que abstenham de exibir programas que ofendam religiões de matriz africana.
- Ação Civil Pública nº 2006.34.00.014242-4 - proposta pelo MPF e outros contra a TV Globo para que se abstenha de exibir novos conteúdos humorísticos com alusões discriminatórias a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros.
- ACP nº 2003.71.00.001233-0 – visa a condenação da Gravadora Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio LTDA e Furacão 2000 Produções Artísticas LTDA ao pagamento de indenização por danos morais causados às mulheres, pela violação de seus direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e da honra e imagem cometida na letra de música Tapinha e Tapa na Cara.
- ACP nº 2004.61.00.034549-6 – Visa que a Rede Record de Televisão e Rede Mulher de Televisão sejam condenadas a gravar e exibir 30 programas televisivos a título de direito de resposta pela veiculação reiterada de programas religiosos com enfoques negativos sobre as religiões de matriz africana, valendo-se de expedientes de cunho discriminatório.

Em relação à atuação extrajudicial da Procuradoria em relação às concessões públicas, incentiva-se a fiscalização e atuação preventiva para que se adequem às diretrizes constitucionais, bem como de não renovação da concessão em caso de repetida infração administrativa. Neste sentido:

- Recomendação PRDC/SP nº 44/2014 – ao Ministério das Comunicações para que indefira pedido de restabelecimento e

renovação das outorgas de concessão para as empresas Televisão Excelsior S/A e Televisão Excelsior Rio S/A

- Recomendação PRDC/SP nº 3/2014 – ao Ministério das Comunicações e à Anatel para que promova o cancelamento das concessões do serviço de radiodifusão sonora outorgadas com infrações aos limites legais.
- Recomendação PRDC/SP nº 2/2014 - à Anatel para que realize plano de ação para fiscalização da observância das normas relativas à prestação de serviço de radiodifusão sonora, em todo o Brasil.
- Recomendação PR/SP nº 28/2012 - ao Ministério das Comunicações e à Anatel para que realize plano de ação englobando medidas de fiscalização e apuração de infração de diversas rádios, e realização de relatórios dos encaminhamentos dados

Os programas policiaiscos são alvo constante de denúncias à Procuradoria, sendo que diversas recomendações já foram emitidas à diversas emissoras requerendo fossem cessadas as violações de direitos humanos perpetradas. Algumas das recomendações recentes foram:

- Recomendação PR/SP nº 24/2005 – recomenda à Rádio e TV Record que se abstenha de exibir, no programa Cidade Alerta ou em outros, imagens de suspeitos, indiciados ou acusados de fatos criminosos noticiados, sem a prévia e escrita autorização dos mesmos.
- Termo de Ajustamento de Conduta PR/AM s/ número - para que a Rádio e TV Rio Negro adeque sua conduta às exigências legais, sobretudo no respeitante aos direitos humanos
- Termo de Ajustamento de Conduta PR/PE nº 2/2004 – para que a TV e Rádio Jornal do Commercio LTDA e TV Guararapes adequem

os programas televisivos de natureza policial à legislação de regência (referência P.A. Nº 1.26.000.000163/2004-62)

- Termo de Ajustamento de Conduta PR/PE nº 1/2004 – para que a TV Tribuna e Rádio Jornal do Commercio LTDA e TV Guararapes adeque os programas televisivos de natureza policial à legislação de regência (referência P.A. Nº 1.26.000.000163/2004-62)

Os programas policiaiscos também já renderam diversos processos às emissoras por violação de direitos humanos:

- Ação Civil Pública nº 2003.38.00.015522-6 – proposta contra Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda para que se abstenha de transmitir, no curso do programa “Hora da Verdade”, quaisquer cenas de violência, em especial com armas de fogo, cenas com sangue, assassinatos, estupros, troca de tiros, crimes passionais, exploração de sexualidade, de dramas familiares, aberrações físicas, em aviltamento da dignidade da pessoa humana, e, fundamentalmente, toda e qualquer exploração de crianças e de adolescentes.
- Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – nega recurso em que a TV Globo pleiteava reforma da decisão que a condenou a pagar R\$ 50.000,00 por ter exibido no programa "Linha Direta" nome e imagem de pessoa envolvida no caso "Chacina da Candelária" e que foi posteriormente inocentada, em razão da ofensa ao direito ao esquecimento
- Recurso Especial nº 502.536/PR – aumenta o valor da indenização a título de danos morais a ser paga pela Rádio e Televisão Om por ter apontado prática de necrofilia com exibição do corpo e divulgação da identidade.
- ACP (Autos nº 97.00.13364-9) Programas Policiaiscos. Violação de Direitos. Radiodifusão de Sons e Imagens. Práticas recorrentes de violação da presunção de inocência e de superexposição de

presos cautelares adotadas em programações de rádio e TV no estado do Paraná.

A atuação administrativa atua em um âmbito de proteção maior e mais eficaz que a mera atuação judicial, por tratar apenas de sanções posteriores, mas por promover o diálogo com a sociedade civil, estabelecer medidas de desconcentração das concessões e por incentivar a produção de programas que promovem e incentivam boas práticas midiáticas alinhadas com os direitos humanos, entre outras medidas.

Ademais, conforme apontado no julgamento do Inquérito 3.590/DF pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação jurisprudencial é restritiva em relação aos tipos de manifestação discriminatória que podem ser juridicamente condenáveis como discurso de ódio que possui consequências sociais relevantes. A Procuradoria estabelece recomendações e promove ações relacionadas às mais diversas formas de discriminação, mesmo aquelas que o Poder Judiciário não tem entendido como passível de limitar a liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito visa-se, como denuncia o nome, defender os valores democráticos estabelecidos socialmente a partir de princípios que se agregam a este. A própria definição destes princípios é socialmente e valorativamente localizada. Os grupos de poder lutam pela prevalência de suas “visões de mundo” no campo do direito, pela autoridade de fazer prevalecer seus valores na determinação do “dever ser” da sociedade.

Assim, a violência aqui tratada é violência simbólica, instrumentalizada nos discursos de ódio – que muitas vezes os próprios valores que a engendram também se fazem expressar em violência física – perpetrada pelos meios de comunicação e possíveis formas de regulação/sanção.

A necessidade de discussão de um paradigma de regulação da conduta dos atores sociais, a partir da concepção dos direitos humanos e da legislação (nacional e internacional) existente, quando face uma forma específica de entendimento da prática de violência simbólica: o discurso de ódio.

Este é um grande desafio, na medida em que os próprios valores do Estado Democrático de Direito, muitas vezes, entram em conflito. Na atuação dos poderes estatais, a balança de quais valores são mais relevantes, determina a atuação do órgãos de controle e punição do Estado.

Entender as emissoras de televisão a partir de sua dimensão de concessionária de serviço público, e não de mera empresa de comunicação, é essencial para se entender o papel do Estado na efetivação dos valores democráticos e na possível regulação dos meios de comunicação.

Neste sentido, ressalta-se a importância da liberdade de expressão como direito fundamental inalienável, mas estabelece-se critérios para combater discursos discriminatórios que atentam contra outras garantias fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.

A prestação positiva do estado na garantia que os diferentes atores sociais – em especial as minorias sociais e econômicas – tenham acesso aos meios

de comunicação em massa, inclusive aos meios de produção, é essencial para que a liberdade de expressão não esteja subsumida ao poder econômico de determinado grupo, sendo este, então, o único apto a pautar o debate público.

Desta maneira, as políticas de desconcentração, de combate aos monopólios e oligopólios dos meios de comunicação é essencial para a garantia do debate democrático, na medida em que garante que seja estabelecido um diálogo – abrindo espaço para o contraponto. Fato é que da forma como estão estruturadas economicamente as empresas de comunicação, a pluralidade é uma ficção constitucional.

O papel sancionador do Estado nos abusos da liberdade de expressão pelos meios de comunicação, não sem justificativa, encontram muita resistência das empresas de mídia que temem a censura. Por isto, têm-se apoiado nos últimos anos iniciativas de auto-regulação de mídia, associadas ao paradigma da Responsabilidade Social Empresarial, que apresenta consequências duradouras para a sociedade sem que o Estado precise agir com seu poder sancionador.

A atuação preventiva do poder público, por outro lado, é essencial para que as boas práticas sejam entendidas como um paradigma a ser seguido, no sentido da promovida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Apesar dos esforços empreendidos pelo Ministério Público Federal, como na Ação Civil Pública 2006.34.00.014242-4, proposta pelo MPF e outros contra a TV Globo para que se abstenha de exibir novos conteúdos humorísticos com alusões discriminatórias a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros, o Poder Judiciário se escusa a reconhecer discriminações outras que configurem discurso de ódio judicialmente punível que não as dispostas no artigo 20 do Estatuto da Igualdade Racial.

Diante disto, vemos que a falta de consenso encontrada na doutrina espraia-se na legislação e na aplicação da lei. Mais do que modelos estanques ou taxações rígidas é necessário lançar um novo olhar sobre o discurso de ódio e sua regulação, entendendo-o como aquele capaz de causar danos sociais a quaisquer grupos marginalizado, conforme a Convenção Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

A toda liberdade supõem-se responsabilidades, é por isto que prevenir e punir discursos que estigmatizam populações vulneráveis é importante na concepção do exercício da liberdade de expressão, que não pode se assumir como direito absoluto.

REFERÊNCIAS

- BAKUNIN, Mikhail. *Estatismo e Anarquia*. São Paulo: Imaginário/Ícone, 2006
- BOURDIEU, Pierre. *O poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009
- POTIGUAR, Alex. *Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio. A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Editora Consulex, Brasília, 2012.
- REY, Germán; BETANCOURT, Jimena; PAOLI, Miriam de. *La Otra Cara de la Libertad. La responsabilidad social empresarial en medios de comunicación de América Latina*. Bogotá: Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano, 2008.
- SILVA, Alexandre Assunção. *Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- VARJÃO, Suzana. *Violações de direitos na mídia brasileira: ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa*. Brasília, DF: ANDI, 2015.
- ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Direito Público, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.
- DIAZ, Alvaro Paul. *La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada*. Revista Chilena de Derecho, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

PEUCKER, Mario. *The hate crime concept in germany and how to improve the knowledge on the extent of hate crimes*. European Forum of Migration Studies, National Focal Point for the EUMC. University of Bamberg, 2007. Disponível em: http://www.efms.uni-bamberg.de/pdf/Hate_crime_concept_final.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2016.

PORTO, Maria Stela. *Crenças, valores e representações sociais da violência*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 250-273.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº.16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech [S.d.]*. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12839939/a-liberdade-de-expressao-eo-problema-do-hate-daniel-sarmento> . Acesso em 16 de setembro de 2016

VIEIRA, Lucas Pacheco. *A Liberdade de Expressão e a Liberdade de Imprensa sob a Perspectiva da Jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos*. 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. UFSM: 30, 31 mai e 01 jun / 2012- Santa Maria-RS

Organização dos Estados Americanos. *Marco Jurídico Interamericano Sobre El Derecho a La Libertad de Expresión*. OAS: 2010 (p. 1-60).